

CUANDO QUEMAR EL RETRATO DE LOS REYES SE VOLVIÓ DISCURSO DE ODIO: EL CASO *STERN TAULATS Y ROURA CAPELLERA c. ESPAÑA* Y LAS RESISTENCIAS DEL PASADO

PABLO J. PEDRAZZI¹

RESUMEN: El presente estudio analiza el caso originado por la quema pública de un retrato de los Reyes de España, que la resolución del Tribunal Constitucional español enmarcó como discurso de odio, no protegido bajo el derecho fundamental de libertad de expresión; así como la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que reafirmó su doctrina sobre el lenguaje simbólico y el contenido y extensión del discurso de odio.

PALABRAS CLAVE: Libertad de expresión. Discurso simbólico. Sociedades democráticas. Crítica de las instituciones de Estado. Discurso de odio.

SUMARIO: 1. PALABRAS PRELIMINARES. 2. GÉNESIS DEL CASO. 3. EL RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 4. LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES ANTE EL TEDH. 5. LA DECISIÓN DEL TEDH. 6. A MANERA DE CONCLUSIÓN. FUENTES DE CONSULTA

1. PALABRAS PRELIMINARES

En el trabajo que tuvimos oportunidad de presentar en esta revista sobre la libertad de expresión y el discurso simbólico en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos,² anunciamos el influjo decisivo que la doctrina judicial sobre el lenguaje simbólico ha tenido en otras experiencias jurídicas, entre ellas, en la apreciación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y mencionamos como ejemplo el caso que analizaremos en esta ocasión.

La situación política de España caracterizada por diversos movimientos ideológicos de diversa índole, hizo que la quema de un gran retrato de los reyes Juan Carlos I de Borbón y Sofía de Grecia, se convirtiera en un litigio tortuoso, que habría de durar más de una década y que concluyó con una sentencia condenatoria para el Estado español del Tribunal de Estrasburgo en marzo de 2018. Una década en la que Espa-

1 Maestro en Derecho Constitucional. Escuela Libre de Derecho.

2 Pedrazzi, Pablo J., “La libertad de expresión y el discurso simbólico en la jurisprudencia estadounidense: un estudio a partir del caso *Texas v. Johnson* (491 U.S. 397)”, en: *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 42, no. 42, México, Escuela Libre de Derecho-tirant lo blanch, 2018, p. 320, nota no. 86. La influencia de la jurisprudencia estadounidense en el Tribunal Europeo respecto al discurso simbólico está claramente expuesta en el estudio de Climent Gallart, Jorge, “La jurisprudencia estadounidense sobre el lenguaje simbólico en relación con las banderas y su acogimiento por el TEDH”, en: *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, no. 28, Madrid, 2015, pp. 303-328.

ña vivió un clima convulso debido a diversos acontecimientos: la crisis económica iniciada en 2008, gobiernos de mayorías frágiles, el exacerbamiento del movimiento independentista catalán, el descrédito de la familia real, la abdicación del rey Juan Carlos I y el juramento constitucional del actual monarca Felipe VI de Borbón, el surgimiento de nuevas y radicales alternativas políticas, entre otros. En este contexto, no han faltado tampoco pronunciamientos contrarios al mantenimiento de la monarquía constitucional como forma de gobierno, prevista en la vigente Constitución de 1978.

En suma, un momento histórico de cambio e incertidumbre que ha polarizado aún más la sociedad y que con gran facilidad ha detonado inercias y parálisis paradigmáticas, aún a costa del sacrificio del desarrollo progresivo de la gramática de los derechos fundamentales. Justamente, en este clima nada halagüeño, se inscribe la historia jurídica de este caso que demostró cómo una mayoría de jueces constitucionales fueron capaces de banalizar y utilizar una categoría tan específica y delicada como el discurso de odio para justificar una decisión de Estado tendente a la restricción de expresiones simbólicas fuertes contrarias a la monarquía y al orden constitucional presente en España.

Esta realidad no es ajena a lo que está sucediendo en otras naciones como: México, Brasil, Argentina o Chile, en las que existe actualmente un ambiente incierto, confuso y polarizado en que es fácil despertar la tentación de frenar la lectura atenta y abierta de los derechos fundamentales, con tal de mantener vivos o resucitar estilos y formas de hacer política que parecían haber fenecido. A esta tentación no están inmunes los tribunales constitucionales.

La sentencia del Tribunal de Estrasburgo reviste así un interés notable, tanto por la ratificación hecha de su doctrina sobre el lenguaje simbólico y el lugar preeminente que debe tener la libertad de expresión en las sociedades democráticas, como por el freno impuesto al Estado español respecto al abuso del concepto del discurso de odio.

2. GÉNESIS DEL CASO

Los protagonistas de esta historia judicial fueron: Enric Stern Taulats y Jaume Roura Capellera. El primero nació en 1988 y residía en Girona (Gerona) al momento de presentar la demanda ante el Tribunal de Estrasburgo; el segundo en 1977 y vivía en Bañolas, también en el tiempo que inició el litigio ante la instancia europea. Ambos eran independentistas catalanes, por lo que obviamente no podían estar de acuerdo con la unidad de España a partir de la institución monárquica. De hecho, el problema jurídico se remontaba al día 13 de septiembre de 2007. En aquella ocasión, en la víspera de la visita a Girona del entonces rey de España, Juan Carlos I de Borbón, varias personas participaron en una concentración para protestar por la presencia del Monarca y, en forma más profunda, por lo que consideraban la ocupación monárquica de Cataluña,

es decir, su anexión a España. La manifestación era encabezada por una pancarta que decía: “300 años de Borbones, 100 años combatiendo la ocupación española”.³

En este contexto, los demandantes ante la Corte Europea, una vez concluida la protesta, con el rostro cubierto colocaron boca abajo una fotografía de gran tamaño de los Reyes de España sobre el piso de la Plaza de Vino, en Girona. Stern Taulats procedió a rociar con un líquido inflamable el retrato, mientras que Roura Capellera le prendió fuego con una antorcha que portaba, mientras eran aclamados por decenas de personas que habían asistido a la manifestación.

Los dos inconformes fueron procesados ante el Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional por el delito de “injurias contra la Corona”, con fundamento en el vigente artículo 490 § 3 del Código Penal de España.⁴ El día 9 de julio de 2008, dicho juzgado emitió sentencia condenatoria que impuso una multa de 2700 euros como pena sustitutiva de la correspondiente prisión y privación del derecho de sufragio pasivo durante quince meses. El criterio del juez penal se basó en que ambos procesados no tenían antecedentes penales. La condena se fundamentaba en la acreditación del dolo consistente en querer menospreciar la figura de los Monarcas. La oposición a la institución monárquica no podía justificar una injuria de tal dimensión. De hecho, desde el comienzo de la instancia judicial, los procesados alegaron que el acto cometido entrañaba una forma de ejercicio del derecho fundamental de libertad de expresión, en los términos del artículo 20.1, inciso a) de la Constitución Política de España.⁵

La sentencia de primera instancia no coincidió en que se tratara de un ejercicio legítimo de la libertad de expresión: en primer término, porque en los Estados democráticos el ejercicio de los derechos fundamentales está debidamente garantiza-

3 TEDH, *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne*, sentencia del 13 de marzo de 2018, párr. 6, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181719>, consultada el 2 de junio de 2020.

4 El artículo 490 del Código Penal de España se encuentra contenido dentro del Título XXI que abarca los delitos contra la Constitución. El capítulo II tipifica, en seis artículos diversos, los delitos contra la Corona. Justamente, el fundamento para enjuiciar y declarar culpables a los demandantes de este caso, fue el tercer párrafo del precepto que estamos refiriendo y que señala: “El que calumniare o injuriare al Rey, a la Reina o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe o a la Princesa de Asturias, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o injuria fueran graves, y con la de multa de seis a doce meses si no lo son.” Dentro del margen de discrecionalidad del juzgador, de acuerdo con los hechos del caso, se optó por imponer una pena de prisión de 15 meses, conmutada por una pena pecuniaria por tratarse de sujetos activos sin antecedentes criminales.

Puede verse en: <https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-penal/>, consultado el 3 de junio de 2020.

5 El artículo 20.1 de la Constitución española reconoce el derecho fundamental de libertad de expresión en estos términos: “Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o por cualquier otro medio de reproducción”. Puede verse en: <http://www.senado.es/web/conocersénado/normas/constitucion/index.html>, consultado el 3 de junio de 2020.

do, no haciendo falta cubrir el rostro para hacerlo; en segundo lugar, porque para manifestar el rechazo al sistema monárquico no es necesario injuriar y vilipendiar a los Monarcas, no solamente quemando el retrato, sino habiéndolo colocado bocabajo. Parece que este último gesto fue estimado esencial para acreditar el dolo de los procesados. En el razonamiento judicial será muy relevante esta actitud de los demandantes como muestra de una conducta delictiva, no protegida por el derecho de libertad de expresión.⁶

No conformes con la resolución, los recurrentes apelaron ante el Pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, argumentando que el enjuiciamiento por injurias contra la Corona vulneraba el derecho de libertad de expresión en relación con la libertad ideológica. En pocas palabras: que la quema del retrato de los Reyes constituía una expresión protegida constitucionalmente. Sin embargo, los juzgadores de esta segunda instancia no compartieron el parecer de Stern y de Roura.

En la sentencia pronunciada el día 5 de diciembre de 2008, el Pleno estimó que, en la ponderación de los derechos de libertad de expresión frente al derecho al honor, en este caso, de la institución de la Corona, debía analizarse si las ideas u opiniones manifestadas mediante palabras o acciones, no conllevaban expresiones injuriosas e innecesarias para la expresión pública del pensamiento que se trataba de expresar. Esta forma de plantear esta típica colisión de derechos fundamentales provenía de la doctrina firme del Tribunal Constitucional desde 1988. En el parecer del tribunal de segunda instancia, de acuerdo con el contexto en que desarrollaron los hechos previos a la quema de la fotografía de los Monarcas, el derecho de libertad de expresión se había ejercido legítimamente a través de las pancartas que los manifestantes portaban en la concentración contra la institución monárquica. Es decir, está plenamente justificado oponerse no sólo a la Corona, sino a la casa reinante actual en España: la dinastía Borbónica. Por otra parte, el hecho de que las personas reunidas para dejar ver su oposición a la Corona se manifestaran sin ningún tipo de molestia por parte de las autoridades, dejaba ver que el derecho de libertad de expresión fue ejercido libremente, no siendo necesario el acto de injuria, sobre todo a través del uso de un material inflamable derramado sobre el retrato puesto bocabajo. Para el Pleno de la Sala Penal, además, la antijuridicidad, y por ende, la no protección constitucional de la conducta injuriosa quedaba clara en la misma actitud psicológica de los recurrentes: cubrir el rostro e intentar después pasar desapercibidos entre la multitud.

Un aspecto que nos parece relevante y que fue razonado por el Pleno de la Sala Penal es el tipo de bienes jurídicos protegidos en el tipo penal con base en el cual fueron condenados Stern y Ruora. No se trataba de bienes individuales, es decir, del honor del Rey y la Reina como personas físicas; sino de un bien colectivo: el honor del Monarca

6 STC 177/2015, de 21 de agosto de 2015, antecedente número 1, inciso a), <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24578>, consultada el 3 de junio de 2020.

en cuanto esté asociado a su función constitucional.⁷ Por el contexto en que ocurrieron los hechos del caso -la protesta independentista contra la Monarquía- era evidente que el ataque al honor de la Corona correspondía a su ser y quehacer constitucionales, como institución fundamental en el Estado español. En cambio, si se hubiere tratado de un insulto o injuria contra la persona del Rey en el ámbito privado, la protección del derecho de honor habría sido como la que se la garantiza a cualquier ciudadano.⁸

Con base en estas grandes líneas argumentativas, el Pleno de la Sala Penal confirmó la sentencia de primera instancia, dando lugar a que ambos recurrentes pagaran la multa que les había sido impuesta como pena.

3. EL RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En contra de la resolución de segunda instancia, en el año 2009, Stern y Ruora interpusieron recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la vulneración de sus derechos fundamentales de libertad ideológica y libertad de expresión. Inicialmente, la Primera Sala del Tribunal conoció de la tramitación del recurso; sin embargo, en septiembre de 2011, a propuesta de ésta, el Pleno acordó conocer el litigio sobre el que pronunció sentencia el día 22 de julio de 2015.⁹

Lo primero que hizo el Pleno fue traer a la memoria un buen número de precedentes que no hacen sino considerar la libertad de expresión como uno de los pilares de la sociedad democrática. Más allá de repetir lugares comunes, lo relevante aquí estriba en la doctrina ampliamente afianzada, no solamente en sede europea, sino también estadounidense, sobre la protección de la expresión de opiniones e ideas especialmente cuando éstas resultan molestas o inquietantes para el Estado o para una buena parte

7 Particularmente, el artículo 56.1 de la Constitución española establece la función constitucional del Rey como Jefe de Estado en estos términos: “El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes”. La necesidad de desvincular el reino de la persona del monarca para garantizar la continuidad de la institución hizo que en el medievo se elaborara el concepto de *Corona*. Como sugiere François Ost: “La conjunción de esas construcciones prácticas (la continuidad dinástica, la Corona, la *perpetua necessitas* del fisco)... muy pronto permitió acceder a una idea de síntesis: la de los ‘colectivos que no mueren’”. Aquí se encuentra el origen histórico de la Corona como institución, diversa que la persona del Rey, que termina siendo el bien jurídico protegido en el tipo penal de injurias. Véase Ost, François, *El tiempo del derecho*, trad. de María Guadalupe Benítez Toriello, México, siglo XXI editores, 2005, pp. 196-198.

8 *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne...*, cit., párr. 10.

9 De acuerdo con el artículo 10.1, inciso n) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España, el Pleno tiene competencia para conocer, entre otros temas: “De cualquier otro asunto que sea competencia del Tribunal, pero recabe para sí el Pleno, a propuesta del Presidente o de tres Magistrados, así como de los demás asuntos que le puedan ser atribuidos expresamente por una ley orgánica”. Puede verse en: http://www.gencat.cat/eapc/revistes/RCDP/Especial_STC_Estatut/pdfs/4_b_2_LOTC.pdf, consultado el 5 de junio de 2020.

de la sociedad.¹⁰ Inclusive, el mismo derecho de libertad de expresión, en un Estado democrático y plural, entraña la posibilidad legítima de manifestar la oposición o el desacuerdo con la misma Constitución y con las instituciones democráticas, obviamente con ciertos límites.¹¹ Es decir, la garantía del derecho de libertad de expresión

10 Un caso muy relevante en la jurisprudencia europea que involucró la libertad de expresión en el terreno religioso y que se originó en un pretendido “discurso de odio” fue la sentencia *Gündüz v. Turkey* del 4 de diciembre de 2003. Los hechos del caso se remontan al año 1995 cuando se difundió un programa de televisión por una cadena privada al que, entre otras personas, fue invitado el señor Müslüm Gündüz, dirigente de un grupo sectario islámico denominado *Tarikat Acemendi*. Dicho grupo religioso se caracterizaba porque sus miembros vestían largas sotanas negras, llevaban bastón y tenían la costumbre de entonar cánticos. El grupo religioso en cuestión decía pertenecer a un movimiento islámico surgido a principios del siglo XX conocido como *Nurculuk*. Entre las diversas expresiones de Gündüz que originaron las sanciones por parte de las autoridades turcas y que son citadas en la sentencia, destacaban las que se referían al *kemalismo*, al que llamó una religión que se colocó en el lugar del islam. Asimismo, el demandante equiparaba el ser demócrata con el hecho de no tener religión y acusaba no sólo a la democracia turca, sino al principio de laicidad y al *kemalismo* de no tener religión e implícitamente de perseguir a la religión. De hecho, en el criterio de Gündüz, la democracia turca: “Era despótica, sin piedad e impía”. A continuación, cuestionaba la separación del Estado y la religión y reafirmaba la unión que el islam proclama de ambas realidades, señalando que para la fe coránica administrar un asunto público era también una plegaria. Bajo esta necesaria comunión entre el Estado y la religión, en el parecer de Gündüz, el vástago de una pareja que contrajo matrimonio civil ante un funcionario habilitado para ello por el gobierno, podía considerarse: “un *piç*”, es decir un bastardo. El Tribunal Europeo insistió en que la libertad de expresión puede causar molestia e incluso ser provocadora e hiriente para quien no concuerda con la forma y fondo del discurso. De hecho, el recurrente había sancionado penalmente por incitar al odio. No obstante, los jueces europeos, concluyeron que el contexto de los hechos: programa de televisión con la participación de varias personas, intercambio de ideas, conocimiento previo de las ideas de la secta y la misma dinámica de la televisión en vivo que hace difícil rectificar o matizar las expresiones públicas, no permitían justificar una injerencia a la libertad de expresión y menos una sanción penal. Implícitamente quedaba claro que las expresiones de tipo religioso de Gündüz no incitaban directamente al odio o a la hostilidad. Eran, sí, expresiones provocadoras para aquellos que comparten los valores seculares de la Turquía moderna; pero al ser de interés público no traspasaban en sí mismas los contornos de protección que ofrece el derecho de libertad de expresión. Lo relevante era la posibilidad de expresar aspectos de una doctrina religiosa que, en sí misma puede ser contraria a los principios democráticos y pluralistas, a la laicidad del Estado y a la igualdad derivada de la común dignidad humana. Justamente, bajo ciertos límites, la misma democracia constitucional permite, salvo que quiera negarse a sí misma, la expresión de ideas basadas en creencias religiosas que se le opongan o la critiquen con vehemencia. Distinto es el caso de divulgar un discurso de odio y hostilidad o de promover medios violentos para imponer una visión del mundo a partir de una fe. Véase TEDH, *Gündüz v. Turkey*, sentencia del 4 de diciembre de 2003, especialmente párrs. 37-43, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61522>, consultada el 16 de junio de 2020.

11 Los derechos fundamentales de libertad de expresión y de libertad de asociación, éste último reconocido en el artículo 11 del Convenio Europeo, pueden ser válidamente limitados por los Estados cuando realmente instiguen a actos violentos que pongan en peligro realmente los valores de una sociedad democrática. Un caso muy conocido en el ámbito de la libertad de asociación con fines políticos fue la sentencia *Refah Partisi and others v. Turkey* en la que el Tribunal Europeo consideró que la decisión de las autoridades turcas de disolver el partido político demandante en el caso había sido justificada de acuerdo con el Convenio. Tres eran los objetivos del *Partido de la Prosperidad* considerados por el Tribunal Constitucional turco como una amenaza real para la laicidad y la democracia. El primero era el establecimiento de un sistema multijurídico en el que los derechos y deberes de los ciudadanos serían reconocidos y regulados de acuerdo con la comunidad religiosa a la que pertenecieran. El segundo era la intención partidista de establecer la *shari'a* como norma de conducta para las relaciones jurídicas

no puede exigir una *democracia militante* para su protección. Aún una persona que critique, por ejemplo, el valor del pluralismo político, social, religioso o ideológico, debe poder manifestar sus posturas libremente, aunque sus ideas causen escándalo y perturben las convicciones de la mayoría.

Especial relieve adquiere la libertad de expresión en el marco del discurso político y, aún más, cuando se trata de un representante político. En el conocido caso resuelto por el Tribunal de Estrasburgo en 1992, cuyo demandante era el señor Miguel Castells, senador elegido en la lista de *Herri Batasuna*, la agrupación política que apoyaba, en plena etapa terrorista, la liberación del País Vasco, la disputa por la que fue demandado el Estado español se originó en un artículo publicado en un semanario en el que Castells acusaba al entonces gobierno de estar implicado en una larga lista de homicidios perpetrados contra personas presumiblemente simpatizantes de la entonces poderosa organización vasca terrorista ETA. Obviamente se trataba de ejecuciones extrajudiciales, con la benevolencia de las autoridades. Más allá de las circunstancias concretas, Estrasburgo dejó en claro que, la libertad de expresión, importante para todos, reviste mayor relieve cuando es ejercida por un representante popular que representa los intereses y preocupaciones de su electorado.¹² Y, en el caso, aunque el ejercicio de la crítica no se presentó desde la tribuna del Senado, sino desde una publicación periódica, la discusión política y el cuestionamiento del trabajo de gobierno, detentan márgenes más estrechos de restricción legítima del derecho de libertad de expresión. Estrasburgo sentó un precedente interesante al respecto:

La liberté de discussion politique ne revêt assurément pas un caractère absolu. Un État contractant peut l'assujettir à certaines "restrictions" ou "sanctions", mais il appartient à la Cour de statuer en dernier lieu sur leur compatibilité avec la liberté d'expression telle que la consacre l'article 10. Les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard du gouvernement que d'un simple particulier, ou même d'un homme politique. Dans un système démocratique, ses actions ou omissions doivent se trouver placées sous le contrôle attentif non seulement des pouvoirs législatif et judiciaire, mais aussi de la presse et de l'opinion publique. En outre, la position dominante qu'il occupe lui commande de témoigner de retenue dans l'usage de la voie pénale, surtout s'il a d'autres moyens de répondre aux attaques et critiques injustifiées de ses adversaires ou des media. Il n'en reste pas moins loisible aux autorités compétentes de l'État d'adopter, en leur qualité de ga-

entre musulmanes y como derecho común, es decir, supletorio, en las relaciones jurídicas entre musulmanes y los no musulmanes. El tercero era la posible puesta en práctica de la *yihad* o guerra santa para poder realizar sus objetivos políticos. Entre otros argumentos, el Tribunal Europeo, dado el contexto turco, encontró justificada la injerencia del Estado en el derecho fundamental de asociación con fines políticos en los términos del artículo 11 del Convenio, por considerar que la implantación del modelo político propuesto por dicho partido era una posibilidad real. Véase TEDH, Gran Sala, *Refah Partisi (The Welfare Party) v. Turkey*, sentencia del 13 de febrero de 2003, párrs. 130-131, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60936>, consultada el 6 de junio de 2020.

- 12 TEDH, *Castells c. España*, sentencia del 23 de abril de 1992, párr. 42, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62328>, consultada el 7 de junio de 2020.

*rantes de l'ordre public, des mesures, même pénales, destinées à réagir de manière adéquate et non excessive à des imputations diffamatoires dénuées de fondement ou formulées de mauvaise foi.*¹³

El Pleno del Tribunal Constitucional, tomando nota de éste y otros precedentes europeos, entró de lleno a analizar el tema de los límites del derecho de libertad de expresión, tanto en los términos del ya referido artículo 20.1 a) de la Constitución española, como del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.¹⁴ La posición preferente que tiene la libertad de expresión en las sociedades democráticas exige que la ponderación con otros derechos fundamentales e intereses sociales y políticos amparados por la legislación penal, como sucedía en este caso, con la función constitucional del Monarca, sea hecha con especial cuidado, para no incurrir en una interferencia indebida que represente una violación del derecho fundamental. En pocas palabras, el juzgador penal, cuando se trata de delitos que protegen a su manera el derecho al honor, no puede circunscribirse exclusivamente a la acreditación de los elementos del tipo penal, sino que: “Ha de tener siempre presente su contenido constitucional para no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático”.¹⁵

El problema jurídico que estimaron los jueces constitucionales debía resolverse en el caso era si el acto de los recurrentes consistente en poner bocabajo el retrato de los Reyes y prenderles fuego constituía una expresión legítima, protegida constitucionalmente o, por el contrario, se trataba de un acto injurioso y vejatorio, innecesario para manifestar la oposición a la monarquía española en relación con la independencia catalana, que desbordaba los límites de protección constitucional de la libertad de expresión. La mayoría de los juzgadores habría de inclinarse por esta segunda alternativa. Lo interesante estuvo en la forma de justificar su argumentación. Por un lado, excluyendo el simple derecho al honor del Rey como persona física como bien tutelado por el tipo penal de injuria contra la Corona, arribó a la conclusión que se trataba del mantenimiento del orden político establecido en la Constitución en la figura del Rey, es decir, de un delito de naturaleza pública. Por otro lado, calificando la expresión simbólica de los recurrentes como discurso de odio.

13 *Ibidem*, párr. 46.

14 El artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos contempla las condiciones para que pueda ser legítimamente restringido el derecho de libertad de expresión en los siguientes términos: “El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”. El texto completo puede verse en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPAN.pdf, consultado el 10 de junio de 2020.

15 STC 177/2015... *cit.*, FJ 2, d).

Sobre esto último, no sobra recordar que, en situaciones como la que analiza este caso, los juzgadores deben discernir, en primer lugar, si la conducta de los recurrentes realmente constituye o no una forma de expresión capaz de transmitir un mensaje que tenga la potencialidad de ser entendido por la mayoría de las personas. Para esto, como hizo la Suprema Corte de Estados Unidos en el famoso caso *Texas v. Johnson*, el Pleno del Tribunal Constitucional tuvo que determinar si los actos sucedidos en Girona podían constituir un lenguaje expresivo -*symbolic speech*- susceptible de ser protegido bajo el amparo del derecho de libertad de expresión. Si algún análisis es importante efectuar en estos supuestos es para determinar si la conducta trata de enviar un mensaje concreto y su capacidad de ser comprendido. No cabía duda de que, habiendo ocurrido al concluir una protesta contra la visita del Rey y del mantenimiento de Cataluña dentro del Estado monárquico hispano, existía una expresión simbólica protegida, *prima facie*, por el artículo 20.1 de la Constitución española. El precedente estadounidense que hemos referido, ha mostrado su influjo en la propia jurisprudencia de Estrasburgo y, aunque no lo cite expresamente, en la justicia constitucional española. No hay duda, pues, que la libertad de expresión no ampara solamente expresiones orales o escritas, sino también lenguajes simbólicos y otras conductas expresivas. Los contextos en que ocurren determinan o no que sean objeto de protección.¹⁶

No habiendo sido una expresión inócua, sino de ejercicio de la libertad de expresión, había que determinar si era legítima o no para gozar de la protección constitucional. Como quedaba claro, el problema no era si la expresión fuera escandalosa, molesta, irritante. El meollo estaba en que, en el parecer de los juzgadores:

... No es jurídicamente indiferente manifestar la protesta o el sentimiento crítico utilizando medios o instrumentos inocuos para la seguridad y dignidad de las personas, que hacerlo incitando a la violencia o al menosprecio de las personas que integran la institución simbolizada o sirviéndose del lenguaje del odio.¹⁷

Siguiendo sus propios precedentes, el Pleno estimó que los actos de Roura y Capellera no contribuyeron a la formación de la opinión política de las personas, ni respetaron la libertad de los demás, porque se trató de la utilización de símbolos que se identifican con la exclusión política, cooperando así con la intolerancia excluyente que no puede ser abrigada por la libertad de expresión. En efecto, el mensaje enviado fomentaba la

16 Para conocer los criterios esgrimidos por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos respecto a las expresiones simbólicas como objeto de protección bajo la Primera Enmienda que reconoce la libertad de expresión, véase la sentencia del caso *Texas v. Johnson* 491 U.S. 397, 405-408 (1989)

https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/491/397#writing-USSC_CR_0491_0397_ZO, consultada el 8 de junio de 2020. Es útil mi trabajo al respecto, Pedrazzi, Pablo J., *op.cit.*, pp. 312-315.

17 STC 177/2015...*cit.*, FJ 4. En su voto particular, el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos, que acude pródigamente a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, no deja de advertir que la acción de Stern y Ruora no reunía los requisitos para poder ser enmarcada como discurso de odio. En primer lugar, porque no fue dirigida contra los ciudadanos en general, una raza, creencia o actitud vital particular; en segundo término, porque tampoco supuso una incitación directa a la violencia. Véase voto particular, número 3.

exclusión política y, aún más, la eliminación física de quien no comparte el ideario de los manifestantes:

La escenificación de este acto simbólico traslada a quien visiona la grabación video-gráfica la idea de que los Monarcas merecen ser ajusticiados, sin que deba dejar de advertirse además que el lóbrego acto provoca un mayor impacto en una sociedad democrática, como la española, que de forma expresa excluye en su Constitución la pena de muerte.¹⁸

La quema pública del retrato de los Reyes hispanos, en las circunstancias efectuadas, fue estimado por los juzgadores que representaron el voto mayoritario como un acto incitador al odio, al hacerlos merecedores al desprecio y la exclusión. Sin embargo, después de haber ofrecido estos argumentos para rechazar el acto de los recurrentes como una expresión protegida, el razonamiento judicial quiso reafirmar su postura con una serie de consideraciones bastante discutibles. Por un lado, pareciera que el ejercicio del derecho de libertad de expresión a través de expresiones simbólicas solamente sería válido si es fruto de la espontaneidad, de la emoción del momento:

La ausencia de espontaneidad en el comportamiento de los demandantes es patente, puesto que la quema de la fotografía no surge de forma instantánea en el contexto de la manifestación y al hilo de la crítica sobre el modelo constitucional de Estado o como expresión de la ideología antimonárquica e independentista de los recurrentes. Dicho acto fue, por el contrario, fruto de una actividad diseñada de antemano y orientada a mostrar el mayor grado de hostilidad frente a la institución de la Corona.¹⁹

Las expresiones, sean orales, escritas o por medio de símbolos o conductas expresivas, muchas veces se construyen anticipadamente, midiendo incluso el efecto o la reacción que pueden suscitar. Nos parece que la espontaneidad o no de una expresión contraria, en este caso, a una forma constitucional de Estado, no puede ser condicionante para evaluar el ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

Pretender anclar la protección constitucional de una acción como la de Stern y Ruora a una manifestación colectiva legítima en la que participaron muchas personas con consignas muy claras no parece tener un sustento convincente. La protección de los derechos fundamentales mira siempre a estas dos dimensiones: la individual y la colectiva. Si los recurrentes eligieron una forma extravagante, molesta, hiriente incluso, para manifestar su rechazo a la monarquía, terminada otra manifestación masiva que se efectuó de una manera tradicional, no resta nada al ejercicio legítimo de un derecho fundamental. Sería tanto como decir, por ejemplo, en el ámbito de la libertad religiosa o ideológica, que las manifestaciones externas de estos derechos solamente estuvieran protegidos si se pueden relacionar con actos o reuniones de grupos o comunidades

18 *Idem*. Este extracto de la sentencia del Tribunal Constitucional viene referido también en la resolución del Tribunal Europeo. *Stern Taulats et Roure Capellera c. Espagne...*, cit., párr. 14.

19 *Idem*.

efectuados en un modo estándar. Ésta parece haber sido, sin embargo, la opinión de los jueces al pretender desconocer la protección constitucional de la quema del retrato de los Reyes por haber sido un hecho aislado y sin relación aparente con la protesta previa en la que los participantes portaban pancartas y gritaban consignas claras contra el sistema monárquico:

Y ello porque, al margen de la quema de la fotografía, aquéllos no profirieron ninguna expresión, discurso, mensaje u opinión de la que quepa inferir una censura u oposición políticamente articulada contra la Monarquía o los Reyes; lisa y llanamente actuaron con el propósito de incitar a la exclusión sirviéndose de una escenificación lúgubre y con connotaciones violentas.²⁰

Muy distinta ha sido la manera estadounidense de afrontar este tipo de expresiones simbólicas. En la sentencia *Texas v. Johnson*, el foco de atención de la Suprema Corte fue el acto de quemar la bandera norteamericana; las circunstancias y el ambiente de protesta que existía en ese momento, de ninguna manera fueron los condicionantes para considerar que la acción de Gregory Lee Johnson estaba protegida por la Primera Enmienda. Es más, cuando Texas alegó que el mantenimiento del orden público había sido una de las razones para restringir el derecho de libre expresión de Johnson y, en consecuencia, haberle dictado sentencia privativa de la libertad, la Suprema Corte norteamericana, a partir de los hechos, indujo que la quema de la bandera no representaba un peligro claro e inminente que perturbara el orden público.²¹ Inclusive, en el conocido precedente *Brandenburg v. Ohio* (1969) que es retomado en *Texas v. Johnson*, se defendió la protección constitucional de la propaganda política abstracta aunque ésta pudiera sugerir acciones ilegales posteriores. En el caso, la Corte revocó la condena impuesta a un conferencista racista vinculado al Ku Klux Klan en una reunión de dicha organización supremacista blanca en la que después de quemar una cruz (símbolo del KKK) afirmó: “No somos una organización vengativa, pero si nuestro Presidente, nuestro Congreso y nuestro Tribunal Supremo continúan suprimiendo la raza blanca caucásica es posible que tomemos alguna revancha”.²² De hecho, en un caso previo, la Corte norteamericana avaló bajo la Primera Enmienda, expresiones mucho más fuertes y explícitas que la quema del retrato de los Reyes españoles: la

20 *Idem*.

21 Una conclusión similar esbozó la magistrada Adela Asua Batarrita que, refutando los argumentos de la mayoría respecto al riesgo evidente que significaba que los participantes en la concentración percibieran la quema del retrato de los Reyes como una incitación a la violencia y al odio, generando reacciones violentas, señaló: “Lejos se sitúan tales hipótesis de la exigencia de constatación de que el peligro que se alegue debe reunir los caracteres de ser real, apoyado en datos fehacientes, y además acuciante, inminente. Difícilmente puede compartirse que los Reyes corrieran algún peligro cierto y próximo, consecutivo al acto de la quema del retrato; no hay atisbo de datos en los hechos probados que permitan asentar el temor en algún suelo más seguro que el de la mera suposición.” *Ibidem*, voto particular, núm. 3.

22 Véase *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 446 (1969), https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/395/444#writing-USSC_CR_0395_0444_ZSm, consultada el 10 de junio de 2020.

sentencia *Watts v. United States* (1969) en la que el promovente amenazó de asesinar al presidente de Estados Unidos.²³

El Pleno del Tribunal Constitucional, por tanto, desestimó el recurso de amparo de Stern y Ruora, con una votación mayoritaria de siete contra cuatro. Los magistrados que estimaron el amparo formularon sendos votos particulares. Ya tuvimos ocasión de referir dos de ellos.

4. LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES ANTE EL TEDH

El 2 de octubre de 2015, Stern y Roura interpusieron demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra el Reino de España por violaciones a los artículos 10 y 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.²⁴

El fondo de la controversia, dados los antecedentes y las resoluciones de los tribunales españoles, consistió en determinar, a la luz del artículo 10.2 del Convenio Europeo, si la injerencia en el derecho de libertad de expresión de los demandantes fue o no legítima. No había motivo de duda para Estrasburgo que la expresión simbólica de quema del retrato de los Monarcas constituía una manifestación del derecho de libertad de expresión en los términos del artículo 10.1 del Convenio,²⁵ ni de que la injerencia estaba prevista en ley –se trataba nada menos que de una restricción en la propia Constitución española–, y que tenía una finalidad legítima: la protección de la reputación o los derechos de terceros. La litis más bien consistió en determinar si la interferencia en el derecho de libertad de expresión perpetrada a los recurrentes era o no necesaria en una sociedad democrática.

El Gobierno español obviamente defendió la actuación de los tribunales nacionales en el sentido de enmarcar la conducta de los recurrentes en la categoría de “discurso de

23 Véase *Watts v. United States*, 394 U.S. 705 (1969), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/705/>, consultado el 10 de junio de 2020.

24 El artículo 34 del Convenio Europeo establece: “El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho”. Una demanda que se presentara directamente contra actos violatorios del Convenio llevados a cabo por particulares sería inadmisible por ser incompatible con las disposiciones del propio Convenio, en los términos del artículo 35.3 inciso a). El artículo 9 del Convenio reconoce los derechos humanos de libertad de conciencia, pensamiento y religión. El TEDH estimó que como la violación del artículo 9 era alegada en relación con el artículo 10, no era necesario analizarla por separado. Véase *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne...*, *cit.*, párr. 43.

25 El artículo 10.1 del Convenio Europeo reconoce el derecho de libertad de expresión en estos términos: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.”

odio”, capaz de incitar a la consumación de actos violentos. Se ponían como ejemplos algunos actos de protesta contra la inculpación de los demandantes a fines de septiembre de 2007.²⁶ Sobre estas consideraciones, Juan María Bilbao Ubillos concluye, en forma lapidaria:

Uno siente realmente vergüenza ajena al leer este fragmento de la sentencia. El Abogado del Estado confunde interesadamente la reacción que pudo provocar en el público presente la quema de la foto de los Reyes, una circunstancia que podría ser relevante, con la celebración de manifestaciones de protesta por su inculpación (días o semanas después).²⁷

Los demandantes adujeron dos argumentos principales: por un lado, como ya había hecho notar el magistrado Xiol Ríos en su voto particular, la quema de los retratos de los Monarcas no fue un acto dirigido contra alguna raza, creencia o actitud vital, por lo que carecía, de inicio, de uno de los elementos definitorios del discurso de odio; por otro lado, sostuvieron que, al haberse tratado de una expresión simbólica en el marco de una protesta de tipo político, estaba amparada por el derecho de libertad de expresión como lo dejaban ver algunos precedentes importantes del propio Tribunal de Estrasburgo.²⁸

26 *Ibidem*, párr. 26. Con anterioridad a la emisión de la sentencia del TEDH que nos ocupa, se había estado observando en España un cierto retroceso en la protección del derecho de libertad de expresión bajo el prisma del discurso de odio. Alex Cabo Isasi hace ver que, a partir de que el Tribunal de Estrasburgo comenzó a desarrollar sus criterios sobre lo que es y no es discurso de odio, algunos Estados, como España, aprovecharon la oportunidad para convertir dicha categoría en un concepto susceptible de atrapar cualquier expresión incómoda, mordaz, hiriente y así poder limitar la libertad de expresión. Para probar su argumentación, señala respecto de las condenas penales por el delito de enaltecimiento del terrorismo que: “Es la categoría que, de manera más habitual, se asocia con la incitación al odio, y juega un papel central en este retroceso de la libertad de expresión. Fue el motor de cuatro operaciones araña que resultaron en la detención de 73 personas por sus comentarios en redes sociales. Según datos de Amnistía Internacional, en 2011, año del cese definitivo de la actividad armada de ETA, hubo un condenado por enaltecimiento del terrorismo. Entre 2016 y 2017 hubo 66 condenados. Este año, en el que se ha producido la disolución de ETA, este aumento desproporcionado no parece haberse detenido, más bien al contrario”. Véase Cabo Isasi, Álex, “No, esto no es discurso de odio”, en: *#BCNvsOdi. Drets de Ciutadania i Diversitat*, Dirección de Derechos de Ciudadanía y Diversidad del Ayuntamiento de Barcelona, 2018, <https://ajuntament.barcelona.cat/bcnvsodi/es/no-esto-no-discurso-odio/>, consultado el 14 de junio de 2020. Juan Manuel Bilbao Ubillos ofrece diversos ejemplos de condenas absurdas por supuesta incitación al odio en el marco del severo conflicto vivido en Cataluña con motivo del proceso separatista de 2017, que terminaron por banalizar el discurso de odio en sintonía con la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso que analizamos. Véase Bilbao Ubillos, Juan Manuel, “La STEDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto Stern Taulats y Ruora Capellera contra España: La crónica de una condena anunciada”, en: *Revista General de Derecho Constitucional*, no. 28, Madrid, Iustel, octubre de 2018, pp. 11-12.

27 Bilbao Ubillos, Juan Manuel, *op.cit.*, p. 13.

28 Véase *Stern Taulats et Rouira Capellera c. Espagne...*, *cit.*, párr. 27. Uno de estos precedentes, que demuestra la amplia recepción que ha tenido en la jurisprudencia del TEDH los criterios sobre el *symbolic speech* de la Suprema Corte estadounidense y, especialmente el caso *Texas v. Johnson*, fue la sentencia *Christian Democratic People's Party v. Moldova* que se refería a la solicitud del Partido

Finalmente, la organización internacional *Article 19*, tercer interviniente en el caso,²⁹ hizo notar que es muy raro que la imposición de una pena de prisión en casos de que involucren la crítica política y la ofensa sea proporcionada. La prohibición del discurso de odio obedece a la necesidad de promover la igualdad y evitar la discriminación y la violencia contra razas o grupos de personas; no se trata, por el contrario, de castigar las opiniones y expresiones que resulten ser hirientes, ofensivas o inoportunas.³⁰

5. LA DECISIÓN DEL TEDH

El proceder argumentativo del Tribunal Europeo parte del esbozo de los principios generales que ha ido construyendo a la largo de varios lustros en su interpretación del

Cristiano Demócrata del Pueblo para realizar una manifestación en la Plaza de la Gran Asamblea Nacional, frente al edificio del Gobierno, y expresar su inconformidad con el sistema político moldavo. El requerimiento fue denegado tanto por la autoridad administrativa, como jurisdiccional en diversas instancias pretextando, entre otras cosas, que en una manifestación previa habían quemado un retrato del presidente ruso Vladimir Putin y una bandera rusa. Entre otros razonamientos, los jueces europeos adujeron en favor del demandante: *“In the present case also the Court finds that the applicant party’s slogans, even if accompanied by the burning of flags and pictures, was a form of expressing an opinion in respect of an issue of major public interest, namely the presence of Russian troops on the territory of Moldova. The Court recalls in this context that the freedom of expression refers not only to ‘information’ or ‘ideas’ that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Accordingly, the Court is not convinced that the above reasons relied upon by the domestic authorities to refuse the applicant party authorisation to demonstrate could be considered relevant and sufficient within the meaning of Article 11 of the Convention”*. TEDH, *Democratic People’s Party v. Moldova*, sentencia del 2 de febrero de 2010, párr. 27, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97049>, consultada el 12 de junio de 2020.

- 29 El artículo 36.2 del Convenio permite la intervención de terceros interesados que pueden formular observaciones. Los terceros intervinientes pueden ser otras Altas Partes Contratantes (Estados no demandados en el caso) o personas interesadas en el caso. El texto dice así: “En interés de una buena administración de justicia, el Presidente del Tribunal podrá invitar a cualquier Alta Parte Contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que presente observaciones por escrito o a participar en la vista”. El artículo 44.3 del Reglamento de Procedimiento del TEDH detalla la forma para que puedan intervenir terceros. El presidente de la Sala puede, una vez que a la Parte Contratante demandada se le ha corrido traslado de la demanda, invitar o autorizar a otras Partes Contratantes o a terceros interesados con el fin de lograr una buena administración de justicia. Cuando un tercero interesado desea intervenir en el procedimiento debe presentar una solicitud de autorización dentro de las 12 semanas siguientes a que se corrió traslado de la demanda a la Parte Contratante, motivando debidamente su petición y en uno de los lenguajes oficiales. La Sala deliberará y resolverá sobre la intervención como se desprende del artículo 44.3, inciso b del Reglamento. El texto puede verse en: https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_SPA.pdf, consultado el 12 de junio de 2020.

- 30 Véase *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne...*, cit., párr. 28. *Article 19* es una organización internacional que toma su nombre del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el que se reconoce la libertad de expresión. Su objeto principal es que este derecho humano sea respetado y plenamente garantizado en el mundo. Una de sus tareas más relevantes es brindar asistencia y asesoría jurídica contra violaciones de derechos humanos, principalmente de la libertad de expresión, de prensa y acceso a la información. Desde 2006 existe una oficina para México y Centroamérica. Sobre las acciones concretas que realiza, puede verse en: <https://articulo19.org/>, consultado el 14 de junio de 2020.

artículo 10 del Convenio Europeo, es decir, de la libertad de expresión. No nos vamos a detener en cada uno, muchos de ellos de sobra conocidos por ser, en cierta manera, un patrimonio común de la justicia constitucional y de la jurisprudencia internacional y regional de derechos humanos, como es el caso de nuestra Corte Interamericana. Nos abocaremos, más bien, en los principales elementos que sirvieron para resolver el caso.

La libertad de expresión existe principalmente no tanto para poder manifestar opiniones o ideas que sean recibidas favorablemente en una sociedad sino, principalmente, de aquellas que pueden causar molestia, sean inoportunas e, incluso, hirientes. Si no fuera así, quedaría en entredicho que una sociedad pueda ser calificada como democrática.³¹ Como todo derecho fundamental, la libertad de expresión no es absoluta; pero dada su relevancia para que pueda existir una sociedad democrática, las restricciones previstas en el artículo 10.2 del Convenio Europeo ameritan una interpretación restrictiva que deben ser motivadas por razones convincentes para ser válidas.

Sin embargo, en el parecer del Tribunal Europeo, cuando la libertad de expresión tiene lugar en el campo del debate político o la discusión política, así como cuestiones de interés general, el Convenio apenas deja margen para restricciones. Lo mismo sucede cuando el objeto de una crítica se endereza contra un personaje político, a quien se señala por detentar esa posición, como ya el mismo Tribunal lo había dejado en claro a propósito del caso Castells que ya señalamos:

*Il a certes droit à voir sa réputation protégée, même en dehors du cadre de sa vie privée, mais les impératifs de cette protection doivent être mis en balance avec les intérêts de la libre discussion des questions politiques, les exceptions à la liberté d'expression appelant une interprétation étroite.*³²

Como ya vimos, sin embargo, la justificación de los tribunales españoles, sobre todo, del Tribunal Constitucional, para considerar que los recurrentes no estaban bajo la protección de la libertad de expresión, fue que habían vertido un discurso de odio contra los Monarcas. Por este motivo, el Tribunal Europeo recordó que la libertad de expresión no es ilimitada ya que la tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos

31 *Ibidem.*, párr. 30.

32 *Ibidem.*, párr. 32. Por ejemplo, en la sentencia del caso *Artun et Güvener c. Turquie* fallada en 2007 y cuyo origen se remontaba a dos artículos periodísticos que criticaban fuertemente a las autoridades turcas y al propio Presidente de la República, en su actuación frente a un sismo que afectó Turquía en 1999, por los cuales, sus autores, fueron sancionados penalmente por el delito de “insultos contra el Presidente de la República”, los jueces europeos ya habían indicado que un personaje político debe ser más tolerante ante la crítica en el ejercicio de sus funciones públicas y que, incluso aun reconociéndose la protección de su reputación en su vida pública, las restricciones posibles de la libertad de expresión están sujetas a una interpretación estricta. De los hechos del caso y el proceder de los tribunales turcos, el Tribunal Europeo concluyó que había existido violación del Convenio Europeo al no tratarse de restricciones necesarias en una sociedad democrática. Las sanciones penales, concluyó el Tribunal, generan un efecto disuasorio. Véase TEDH, *Artun et Güvener c. Turquie*, sentencia del 26 de junio de 2007, párr. 26, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81181>, consultada el 15 de junio de 2020.

los seres humanos son el fundamento de una sociedad democrática y plural. Por esta razón, es válido que los Estados puedan sancionar y prevenir formas expresivas que promuevan, inciten, justifiquen o propaguen el odio basado en la intolerancia, incluso de tipo religioso. Sin embargo, las sanciones o restricciones impuestas deben guardar proporcionalidad con la finalidad legítima perseguida, como es la prevención de este tipo de discurso. Y, en un aspecto muy relevante por la importancia que España daba a la protección de la institución de la monarquía, los jueces europeos no dudan en reconocer que las autoridades competentes pueden tomar medidas conducentes a defender las instituciones públicas; pero con una salvedad muy relevante: la posición dominante de las instituciones públicas, es decir, que su relación con los particulares no suele estar en un plano de igualdad, debe llevar a una contención en la utilización de la opción penal como vía para garantizar la protección institucional.³³

El Tribunal Constitucional hispano insistió, como vimos, en enmarcar la conducta de los demandantes como discurso de odio. Su razonamiento, previendo la instancia europea, no estaba tan alejado de los principios generales de Estrasburgo para poder admitir como válida una restricción de la libertad de expresión en el ámbito del debate político. En efecto, para ser necesaria en una sociedad democrática la imposición de una pena privativa de la libertad en el marco del debate político, debe tratarse de una forma de expresión que incite al uso de la violencia o que constituya un discurso de odio. No se trata, obviamente, de una aplicación automática: como principio general se debe valorar conjuntamente con los hechos concretos y el contexto de cada caso, sabiendo que debe tratarse siempre de una circunstancia excepcional.³⁴

Si este último argumento de la jurisprudencia europea podía llegar a ser favorable al criterio de los tribunales locales, no pasaba lo mismo con las consideraciones esbozadas por el Tribunal Europeo en varios precedentes referidos al insulto contra los jefes de Estado. Uno de ellos incumbía a España. Arnaldo Otegi Mondragón era portavoz de un grupo parlamentario separatista de izquierda en el Parlamento de la Comunidad Autónoma del País Vasco. En febrero de 2003, se habían dado dos hechos casi en

33 *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne...*, cit., párrs. 32-33. En la sentencia del caso *Gündüz v. Turkey*, cuyo recurrente, como ya sabemos, había sido sancionado penalmente por expresiones calificadas como “discurso de odio”, el Tribunal de Estrasburgo estableció las condiciones para que los Estados sancionen cualquier expresión de odio, pero con el cuidado de no disuadir o hacer nugatoria la libertad de expresión. Vale la pena transcribir el párrafo completo que sirve de precedente en la sentencia que estamos analizando: “*The present case is characterised, in particular, by the fact that the applicant was punished for statements classified by the domestic courts as ‘hate speech’. Having regard to the relevant international instruments and to its own case-law, the Court would emphasise, in particular, that tolerance and respect for the equal dignity of all human beings constitute the foundations of a democratic, pluralistic society. That being so, as a matter of principle it may be considered necessary in certain democratic societies to sanction or even prevent all forms of expression which spread, incite, promote or justify hatred based on intolerance (including religious intolerance), provided that any ‘formalities’, ‘conditions’, ‘restrictions’ or ‘penalties’ imposed are proportionate to the legitimate aim pursued (with regard to hate speech and the glorification of violence)*”. *Gündüz v. Turkey...* cit., párr 40.

34 *Ibidem*, párr. 34.

forma simultánea: la detención de algunos miembros de un diario vasco que mantenía probables nexos con la ETA y que se quejaron de haber recibido malos tratos durante la detención ordenada por un juez de la Audiencia Nacional; y la visita del entonces rey Juan Carlos I al País Vasco para inaugurar una central eléctrica. En conferencia de prensa, Otegi lamentó la presencia del Rey, señalando que, al ser jefe supremo de la Guardia Civil y comandante supremo de las Fuerzas Armadas, era el responsable de los torturadores, amparaba la tortura e imponía un régimen monárquico mediante la tortura y la violencia. Con motivo de estas expresiones, Otegi fue procesado por el mismo delito que Stern y Roura: injurias graves contra la Corona. Después de un arduo sendero judicial, el Tribunal Constitucional acabó desestimando el amparo promovido por el recurrente, a través de una compleja interpretación constitucional, por considerar que las afirmaciones controvertidas eran injuriosas y desproporcionadas, máxime si se dirigían contra el Monarca en su función constitucional de representante del Estado y moderador del funcionamiento regular de las instituciones.

Dado que las expresiones de Otegi ocurrieron con motivo de un amplio debate político, muy vivo por cierto en esos momentos merced al proceso separatista vasco, Estrasburgo consideró que España violó el artículo 10 del Convenio Europeo. La imposición de una pena de prisión generaba un efecto disuasivo, no necesario en una sociedad democrática.³⁵ Las razones empleadas en este caso sirvieron de precedente en la sentencia que analizamos:

*En matière d'offense envers un chef d'État, la Cour a déjà déclaré qu'une protection accrue par une loi spéciale en matière d'offense n'est, en principe, pas conforme à l'esprit de la Convention. En effet, l'intérêt d'un Etat de protéger la réputation de son propre chef d'Etat ne peut justifier de conférer à ce dernier un privilège ou une protection spéciale vis-à-vis du droit d'informer et d'exprimer des opinions à son sujet.*³⁶

Se comprende, entonces, después de haber sido condenado el Estado español, por qué la mayoría de los jueces constitucionales que querían desestimar el amparo de Stern y Roura, recurrieran en forma apremiante a la categoría del discurso de odio. Como terminaremos de analizar enseguida, en la aplicación de los principios jurisprudenciales al caso concreto, el Tribunal Europeo no le compró a España su argumento.

En primer término, a los jueces de Estrasburgo no les quedó duda que las acciones de los recurrentes ocurrieron en el marco del debate político. No se trató de una afrenta personal contra los Reyes, sino de conductas expresivas seguidas de una manifestación que cuestionaba la institución monárquica como símbolo de la unidad nacional y la misma monarquía como forma de gobierno, además de reivindicar la independencia

35 Véase TEDH, *Otegi Mondragón c. Espagne*, sentencia del 15 de marzo de 2011, párrs. 55, 58-62, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104449>, consultada el 20 de junio de 2020. Los hechos completos del caso y el iter procesal vienen reseñados en los párrafos 8-22.

36 *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne...*, cit., párr. 35.

de Cataluña. Esto hacía que las posibles restricciones válidas a la libertad de expresión fueran muy reducidas.

En un segundo momento, tomando en cuenta el precedente de la quema del retrato del presidente ruso Putin y de la propia bandera rusa por parte de simpatizante de un partido político en Moldavia,³⁷ el Tribunal Europeo se avocó al análisis de la expresión simbólica de los recurrentes y que al Tribunal Constitucional le pareció desproporcionada. La conducta tuvo tres elementos: el empleo de fuego, la utilización de una fotografía de grandes dimensiones y la colocación del retrato bocabajo sobre el suelo de la plaza en Gerona. Sin dudar que haya sido una expresión simbólica, a los jueces constitucionales hispanos les pareció que el mensaje transmitido era el de odio y hostilidad, por lo que no cabía la protección constitucional. Sin embargo, tratando de descifrar cada uno de estos elementos de la expresión simbólica de los demandantes, el Tribunal de Estrasburgo reafirmó que se trataba de una crítica política concreta y que era un gesto de provocación, susceptible de llamar la atención de los medios de comunicación para hacer patente el rechazo a un sistema de gobierno, en este caso la monarquía. Como se puede observar en la jurisprudencia estadounidense y en la del Tribunal de Estrasburgo, las expresiones simbólicas no están exentas de ser exageradas y provocadoras, pudiendo producir incluso mayor irritación e indignación en las personas que no comparten el contenido ideológico de aquéllas. Sin embargo, la aproximación de la justicia española, incluso con precedentes importantes del Tribunal Constitucional pareció consentir la provocación únicamente en las expresiones verbales o escritas: no en el lenguaje simbólico que fue asociado con la hostilidad, la incitación a la violencia y el discurso de odio. Aunque sea extenso, merece la pena citar el razonamiento de Estrasburgo al respecto:

*Se penchant sur ces trois éléments, la Cour constate qu'il s'agit d'éléments symboliques qui ont une relation claire et évidente avec la critique politique concrète exprimée par les requérants, qui visait l'État espagnol et sa forme monarchique: l'effigie du Roi d'Espagne est le symbole du Roi en tant que chef de l'appareil étatique, comme le montre le fait qu'elle est reproduite sur la monnaie et les timbres, ou placée dans les endroits emblématiques des institutions publiques; le recours au feu et le positionnement de la photographie à l'envers expriment un rejet ou un refus radical, et ces deux moyens sont utilisés comme manifestation d'une critique d'ordre politique ou autre; la dimension de la photographie semblait destinée à assurer la visibilité de l'acte en cause, qui a eu lieu sur une place publique. Dans les circonstances de la présente espèce, la Cour remarque que l'acte reproché aux requérants s'inscrivait dans le cadre de l'une de ces mises en scène provocatrices qui sont de plus en plus utilisées pour attirer l'attention des médias et qui, à ses yeux, ne vont pas au-delà d'un recours à une certaine dose de provocation permise pour la transmission d'un message critique sous l'angle de la liberté d'expression.*³⁸

37 *Democratic People's Party v. Moldova*, *supra*, nota no. 27.

38 *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne...*, *cit.*, párr. 38.

Los jueces europeos que conocieron este caso están convencidos que las conductas de los recurrentes constituyeron una expresión simbólica de protesta en el contexto del debate político, aunque dicha forma de manifestar una inconformidad fuera exagerada, provocadora e hiriente. De hecho, dado el contexto en que ocurrieron los hechos, el Tribunal Europeo no tuvo duda en calificar los actos de Stern y Ruora como una puesta en escena. Al contrario de lo estimado por el Tribunal Constitucional que calificó la expresión de los recurrentes como un acto premeditado tendiente a injuriar a los Reyes y sembrar odio, en gran medida por la ausencia de espontaneidad, a la Corte de Estrasburgo le pareció que el montar una serie de elementos para dar a conocer una inconformidad, en la manera como lo ejecutaron los demandantes, representa un claro ejemplo de discurso simbólico protegido. Los hechos concretos tampoco llevan a pensar que se hubiere tratado una incitación a la violencia: no se encontró nada que lo probara. Es más, la noche de la protesta en Girona y de la detención de los recurrentes no ocurrió ningún acto de violencia ni de perturbación del orden público. Los jueces europeos no asumieron, como es obvio, la relación causal esgrimida por España de la quema del retrato y su puesta bocabajo en la plaza con ciertos actos violentos en Madrid y Barcelona, días después de la detención de Stern y Ruora. Era claro que la violencia en las protestas era por motivo del enjuiciamiento penal de los recurrentes y no resultado de una incitación derivada de los hechos en Girona: se protestaba por la utilización del recurso penal por parte del Estado para reprimir expresiones molestas y exageradas.³⁹

Sobre el problema de la relación entre las expresiones simbólicas, y también verbales o escritas que son particularmente crudas, con posibles hechos de violencia, ya anotábamos la flexibilidad de la justicia constitucional estadounidense que ha protegido incluso amenazas de llevar a cabo actos violentos y aún delictivos, bajo el prisma de la categoría del riesgo actual e inminente. A este respecto, el criterio del Tribunal Europeo se ha nutrido favorablemente de la experiencia norteamericana. Como anota Jorge Climent:

Y, respecto a los posibles desórdenes públicos que pudieran producirse, es muy interesante esta sentencia –se refiere al caso de la quema de los retratos de Putin y la bandera rusa– porque, aunque no lo diga expresamente, acoge la teoría norteamericana del ‘*clear and present dangers*’ –peligro cierto y presente–. Así pues, solo cuando se da esta situación, se podrá limitar dicho derecho fundamental. Como también se puede observar, no basta que un Estado alegue posibles hechos de violencia como justificación para restringir válidamente formas expresivas molestas y ofensivas. Cuando las autoridades del orden están en grado de hacer frente en forma efectiva a una situación que pudiera desencadenar violencia, no se puede alegar la existencia de un peligro real e inminente para limitar la libertad de expresión.⁴⁰

39 Véase *Stern Taulats et Roure Capellera c. Espagne...*, cit., párr. 40.

40 Climent Gallart, Jorge, *op.cit.*, pp. 322-323.

El último punto, luego de haber encuadrado los actos de los recurrentes como expresión simbólica y de haber rechazado el alegato de España respecto a la incitación a la violencia, fue determinar si los actos provocativos de los demandantes podían ser considerados como discurso de odio y quedar así fuera del cobijo del Convenio como quería España. No sobra advertir que el Estado español presentó la excepción de inadmisibilidad de las demandas por considerar que, al tratarse de discurso de odio, se estaba en el supuesto del artículo 17 del Convenio Europeo que prohíbe el abuso del derecho tanto para los Estrados, como para cualquier persona o grupo. Asimismo, el artículo 35.3 señala que las demandas presentadas ante el Tribunal Europeo serán inadmisibles cuando resulten incompatibles con las disposiciones del Convenio o sean abusivas. Sin embargo, dado que el pretendido discurso de odio estaba directamente relacionado con el examen del artículo 10 al resultar de una expresión simbólica de los recurrentes, el Tribunal Europeo decidió unir la excepción al estudio del fondo del asunto.⁴¹

El Tribunal Europeo reafirmó el principio general de que los discursos contrarios a los valores proclamados y garantizados en el Convenio no gozan de la protección del artículo 10 en aplicación del ya referido artículo 17. Aquí se justifica limitar la libertad de expresión, no obstante su carácter prominente en una sociedad democrática. Por otra parte, para ilustrar qué clase de declaraciones han sido consideradas de odio y han entrado en la categoría de abuso del derecho, la sentencia recuerda algunos precedentes: la negación del holocausto, la defensa de cierta política pro nazi o la asociación de todas las personas de religión musulmana con un crimen de terrorismo.⁴²

Aunque se extraña una mayor argumentación del Tribunal respecto a los elementos que caracterizan el discurso de odio y que permiten comprender mejor por qué los

41 *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne...*, cit., párr. 23. El artículo 17 del Convenio Europeo señala: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”.

42 *Ibidem*, párr. 41. Uno de estos precedentes fue el caso *Norwood c. Royaume-Uni* que se originó en la colocación y exhibición de un gran cartel suministrado por el Partido Nacional Británico que detentaba una ideología de extrema derecha. El poster mostraba las torres gemelas en llamas y una media luna y una estrella (símbolos del islam) bajo un signo de prohibición. Asimismo, había un enunciado escrito que instaba a expulsar al islam del Reino Unido para proteger al pueblo británico. El recurrente fue acusado del delito de hostilidad hacia un grupo racial y religioso. Tras agotar las instancias nacionales demandó a Reino Unido ante el Tribunal de Estrasburgo, alegando que se había violado su libertad de expresión. Con fundamento en los artículos 17 y 35.3 del Convenio Europeo, los jueces no admitieron la demanda, avalando las razones de los tribunales británicos. Se trataba, en el parecer judicial, de un ataque generalizado y vehemente contra todo un grupo religioso al vincularlo con acto de terrorismo. En esta tesitura, Estrasburgo consideró que un acto de este tipo atenta contra los valores proclamados y garantizados por el Convenio Europeo, como son la tolerancia, la paz social y la no discriminación. Por estos motivos, la solicitud fue inadmitida.

Véase *TEDH, Norwood c. Royaume-Uni*, decisión de admisibilidad, 16 de noviembre de 2004, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67632>, consultada el 22 de junio de 2020.

actos de Stern y Ruora no podían ser incluidos en tal categoría, no sobra la referencia que hace de la Recomendación n° R(97)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa en cuyo anexo se señala el ámbito de aplicación de los principios señalados en la misma:

*Aux fins de l'application de ces principes, le terme 'discours de haine' doit être compris comme couvrant toutes formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine raciale, la xénophobie, l'antisémitisme ou d'autres formes de haine fondées sur l'intolérance, y compris l'intolérance qui s'exprime sous forme de nationalisme agressif et d'ethnocentrisme, de discrimination et d'hostilité à l'encontre des minorités, des immigrés et des personnes issues de l'immigration.*⁴³

Es obvio que el análisis contextual que efectúa el Tribunal de Estrasburgo estuvo enmarcado también por los elementos que componen el discurso de odio y que no es difícil descartarlo en los hechos que originaron este caso. La expresión simbólica consistente en manifestar el rechazo a una forma de gobierno y a la unidad nacional fundada en ella, en el marco de la crítica política, no es una expresión que propague, incite,

43 *Ibidem*, párr. 16 *in fine*. No sobra recordar que el Consejo de Europa es una organización internacional de carácter regional, dedicada, entre otras cosas, a la defensa, protección y promoción de los derechos humanos. Fue creado en 1949 a través del Tratado de Londres y estuvo integrado originalmente por 10 Estados. Actualmente lo conforman 47 países, es decir, todos los Estados europeos con la única excepción de Bielorrusia, además de aquellos que son observadores: Estados Unidos, Japón, la Santa Sede y México. Nuestro país tiene este último carácter desde 1999. Cabe precisar que el Consejo de Europa es ajeno a la Unión Europea por lo que es diferente del Consejo Europeo. Éste último forma parte de las instituciones fundamentales de la Unión Europea, agrupa a los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión y al Presidente de la Comisión Europea, mantiene cumbres trimestrales y dicta las grandes orientaciones políticas de la Unión. También difiere del Consejo de la Unión Europea que representa a los gobiernos de los países miembros. Según el tema a tratar, reúne a ministros de los Estados miembros y una de sus funciones principales es dictar legislación a nivel de la Unión. En la mayoría de los casos, esta función legislativa se lleva a cabo a través del proceso legislativo ordinario conocido como *codecisión* porque también interviene el Parlamento Europeo, ya sea en materias de competencia exclusiva de la Unión o compartida con los Estados miembros. La relación del Consejo de Europa con los derechos humanos se remonta a su propio origen como redactor del Convenio. Su sede también se encuentra en Estrasburgo. Lo integran dos órganos fundamentales: el Comité de Ministros y la Asamblea Parlamentaria. El primero está integrado por los ministros de asuntos exteriores de los 47 países miembros teniendo, entre otras tareas, la supervisión del cumplimiento de las sentencias del TEDH. La Asamblea Parlamentaria se integra por parlamentarios de los países miembros elegidos para tal representación y que reflejen la pluralidad política existente en sus parlamentos de origen. Celebra cuatro sesiones plenarias anuales y emite recomendaciones y preguntas al Comité de Ministros. Por otra parte, el Consejo de Europa cuenta con una instancia de derechos humanos, especializada en combatir el antisemitismo, la discriminación, el racismo, la intolerancia religiosa y la xenofobia: Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) que emite informes periódicos a los países miembros del Consejo respecto a las materias de su competencia. En 2015 adoptó la Recomendación General No. 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio que precisa aún más el concepto con respecto a la Recomendación n° R(97)20. Para mayor información sobre la conformación y funciones del Consejo puede verse su página: <https://www.coe.int/es/web/about-us/structure>, consultada el 21 de junio de 2020.

promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio en la intolerancia y el nacionalismo agresivo y, mucho menos, dirigida contra un grupo social minoritario y representativo. Se trataba, como sabemos, de una crítica fuerte contra la institución monárquica encarnada en los Reyes de España. Como concluye Bilbao Ubillos, respecto a la sentencia:

Pero lo más significativo es, sin duda, la rotunda negativa a diluir o banalizar la noción de ‘discurso de odio’ y convertir esta construcción nacida en el ámbito del Derecho antidiscriminatorio, en una herramienta polivalente que sirva también para disuadir a quienes se plantean ejercer su libertad de crítica contra autoridades e instituciones públicas.⁴⁴

El Tribunal Europeo no dejó de recordar que el discurso de odio es una expresión limitada e incluso excluida de la protección del artículo 10 del Convenio. Sin embargo, la conclusión de la sentencia para descartar el discurso de odio en los actos de Stern y Ruora nos parecen parcos. Se habría esperado una argumentación más desarrollada y firme.⁴⁵ En efecto, los jueces europeos se limitaron a señalar que, dado el contexto en que sucedieron los hechos, una interpretación demasiado amplia de discurso de odio: “Probablemente perjudicaría al pluralismo, a la tolerancia y al espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna ‘sociedad democrática’”.⁴⁶

Finalmente, en atención a que los actos de los recurrentes no constituyeron discurso de odio, la excepción preliminar que España presentó, en el sentido de tratarse de un abuso del derecho, fue desestimada. La sanción penal impuesta, al haber sido una expresión simbólica en el marco del debate político, no era proporcionada al fin legítimo: proteger a las instituciones del Estado, ni necesaria en una sociedad democrática. Por todas estas consideraciones, Estrasburgo estimó que el Estado español violó el artículo 10 del Convenio.⁴⁷

La sentencia, muy previsible, permitió reafirmar, como aduce Sara María Marchena:

... Que las instituciones, entre ellas muy concretamente las jefaturas de los Estados, no pueden ser objeto de una especial protección jurídica, y mucho menos de

44 Bilbao Ubillos, Juan Manuel, *op.cit.*, p. 17.

45 Como lo afirmamos, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) en la Recomendación No. 15 detalló el concepto en los siguientes términos: “El discurso de odio debe entenderse como fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales”. Véase *Recomendación General No. 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio*, 8 de diciembre de 2015, <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>, consultada el 23 de junio de 2020.

46 *Stern Taulats et Rouira Capellera c. Espagne...*, *cit.*, párr. 41.

47 *Ibidem*, párr. 42.

carácter penal. Envolver a dicho entes públicos en un halo de protección frente al ejercicio de libertades inherentemente democráticas como la libertad ideológica o de expresión, supone una vulneración a la esencia del CEDH.⁴⁸

6. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El debate político, vivo en las sociedades democráticas, nunca está libre de emociones profundas, ni de disputas acerca de las maneras de concebir el devenir histórico de las naciones. En este marco complejo, la libertad de expresión aparece como un baluarte para la discusión libre de ideas y opiniones, así como la manifestación de conductas expresivas de diversa índole. Sin embargo, como ha quedado claro desde hace varias décadas, en distintas sedes judiciales, el derecho fundamental aquí tratado no significa garantizar la exactitud en los conceptos, ni el buen uso del lenguaje y la delicadeza en la forma de exteriorizar las diversas posturas sobre los grandes temas de interés general. Por el contrario, cuando más es necesario proteger este derecho ocurre en el momento en que la opinión y cualquier otro tipo de expresión provocan, cuestionan, critican e, incluso, hieren susceptibilidades y formas diversas de entender el mundo.

Los casos, como el que hemos analizado, implican mucho más que un debate de juristas y jueces: involucran una amplia opinión pública que suele estar dividida y, en sociedades tan plurales como la española, aún más. La muestra de la relevancia que adquirió este caso puede probarse con la amplia cobertura mediática que tuvo, sobre todo a partir de la tan cuestionable sentencia del Tribunal Constitucional que analizamos.⁴⁹ En medio de una vorágine de acontecimientos políticos que han convulsionado la vida institucional de España, la sentencia de Estrasburgo era previsible no solamente en razón de su propio historial en resoluciones análogas, sino en precedentes que involucraban directamente a España, como eran las sentencias Castells y Otegui. Aun así, las posturas a favor y en contra han seguido y el debate político y social continúa.⁵⁰

48 Marchena Galán, Sara María, “Exclusión de las instituciones como objeto del discurso de odio y alcance de la libertad de expresión” en: *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*, no. 34, Badajoz, Universidad de Extremadura, 2018, p. 160.

49 Por ejemplo, la reseña de la sentencia que efectuó José Manuel Romero, dejaba ver que se trataba de una victoria del bloque conservador de los magistrados constitucionales frente a los cuatro magistrados disidentes que constituían la fracción progresista. Véase Romero, José Manuel, “Una condena por quema el retrato de los Reyes divide al Constitucional” en: *El País*, 31 de julio de 2015, https://elpais.com/politica/2015/07/31/actualidad/1438348969_322799.html, consultado el 25 de junio de 2020. Más allá de una división ideológica, lo que estaba en juego era la razonabilidad o no de una decisión judicial: los magistrados de la mayoría no la tuvieron.

50 Santiago Muñoz Machado, catedrático de derecho administrativo, escribió un artículo de opinión bien documentado sobre el peso de la jurisprudencia de la Suprema Corte estadounidense en el Tribunal Europeo en materia de libertad de expresión. En su consideración, el delito de injurias contra la Corona tiende a proteger la integridad nacional de España y sería justificable a la luz del artículo 10.2 del Convenio Europeo que indica que la integridad territorial y la seguridad pública son fines legítimos para restringir la libertad de expresión. Lo que no dice Muñoz es que la gran objeción del Tribunal Europeo fue la caracterización de la expresión simbólica de Stern y Ruora como discurso de odio. No

En los casos de la quema de la bandera norteamericana hacíamos notar que la disputa entre los que claman por la defensa del valor patrio frente a cualquier expresión en contrario y los que consideran que el derecho de libertad de expresión debe prevalecer no ha concluido treinta años después de la sentencia del caso *Texas v. Johnson*.⁵¹

Igual que como ha sucedido en ocasiones con el delito de genocidio, el discurso de odio tiene coordenadas bien establecidas, por lo que intentar realizar una interpretación extensiva y abusiva del mismo, además de constituir una vulneración de la libertad de expresión, conlleva una banalización del mismo, lo que hace, a la larga, que otros derechos fundamentales y la misma dignidad de la persona humana puedan peligrar. En efecto, una categoría jurídica tan delicada tiene que ser tomada muy en serio por los juzgadores y por cualquier otra autoridad. Cuando esto no acontece, y, en cambio, se le usa como disfraz ideológico en favor de una manera de entender la supremacía de las instituciones del Estado frente a cualquier pretensión y derecho, se corre el riesgo de debilitar la garantía efectiva de los derechos fundamentales. Es evidente, que la mayoría de los jueces constitucionales españoles, con tal de defender una concepción vetusta del honor de la Corona, vieron sencillo adoptar un concepto delicado y adaptarlo a lo que fue una expresión simbólica fuerte y de repudio a una forma de gobierno y una noción de unidad nacional. Algo aún más preocupante lo anota Sara Marchena:

Recordemos que España ratificó el CEDH mediante instrumento de fecha 26 de septiembre de 1979 y que sus sentencias, y por lo tanto su doctrina, son vinculantes para los Estados firmantes. En este sentido podemos analizar que uno de los motivos por los que los Tribunales se están apartando de la jurisprudencia del TEDH es la vigencia de unas disposiciones penales obsoletas con respecto al espíritu del Convenio, como es el tipo delictivo de Injurias a la Corona establecido en el artículo 490.3 y 491 del Código Penal español.⁵²

La enseñanza de este caso debe llevar a cuestionarnos otro aspecto bien importante. Las pródigas declaraciones de derechos son plenamente efectivas cuando la parte orgánica de las constituciones y la legislación se diseñan para facilitar su garantía. Creemos que la sobrevivencia de una legislación penal protectora de una institución constituida, por mayor relevancia que posea, corre el riesgo de olvidar la preeminencia del derecho y la dignidad humana como lo entiende el Convenio Europeo, reconocida por los Estados signatarios en su proemio cuando reafirman:

es difícil, incluso en una primera y premurosa lectura del significado de esta categoría del derecho antidiscriminatorio, estar en grado de comprender que la quema de los retratos de los Reyes no puede ser encuadrado como un discurso de esta clase. Véase Muñoz Machado, Santiago, “Arden los símbolos de la patria” en: *El Mundo*, 20 de marzo de 2018, <https://www.elmundo.es/opinion/2018/03/20/5aafe22d468aeb7a558b45d6.html>, consultado el 25 de junio de 2020.

51 Véase Pedrazzi, Pablo J., *op.cit.*, pp. 315-320.

52 Marchena Galán, Sara María, *op.cit.*, p. 160.

... Su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos de los cuales dependen.⁵³

Finalmente, la defensa de un régimen político no puede pasar nunca por la utilización de categorías protectoras tan relevantes como el discurso de odio para dejar descobijados los derechos fundamentales de las personas: lo único que se termina consiguiendo es un retroceso autoritario.

FUENTES DE CONSULTA

Fuentes bibliográficas y hemerográficas

Bilbao Ubillos, Juan Manuel, “La STEDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto Stern Taulats y Ruora Capellera contra España: La crónica de una condena anunciada”, en: Revista General de Derecho Constitucional, no. 28, Madrid, Iustel, octubre de 2018.

Cabo Isasi, Álex, “No, esto no es discurso de odio”, en: #BCNvsOdi. Drets de Ciutadania i Diversitat, Dirección de Derechos de Ciudadanía y Diversidad del Ayuntamiento de Barcelona, 2018, <https://ajuntament.barcelona.cat/bcnvsodi/es/no-esto-no-discurso-odio/>

Carrasco, Lara, “España, condenada ocho veces por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el año 2018” en: infoLibre, 18 de diciembre de 2018, https://www.infolibre.es/noticias/politica/2018/12/18/espana_condenada_ocho_veces_por_tribunal_europeo_derechos_humanos_ano_2018_90005_1012.html

53 *Supra*, nota no. 12. Miguel Ángel Fresno Linera apunta a la necesidad de derogar, o al menos revisar los tipos penales a la fecha vigentes de Injurias contra la Corona, para evitar otras condenas internacionales al Estado español. Véase “Crónica de una condena anunciada: el asunto Stern Taulats y Ruora Capellera c. España sobre quema de fotos del Rey” en: *Teoría y Realidad Constitucional*, no. 42, UNED, 2018, p. 549. De hecho, en marzo del presente año, el partido *Podemos* anunció que presentaría un paquete de iniciativas para reformar diversas disposiciones, entre ellas, el delito de Injurias contra la Corona. Véase la nota de Jesús Travieso, “Podemos quiere que las injurias al Rey y la quema de la bandera no sean delito” en: *La Información*, 11 de marzo de 2020, <https://www.lainformacion.com/espana/podemos-no-quiere-en-el-codigo-penal-las-injurias-a-la-corona-y-la-ofensa-religiosa/6550048/>, consultado el 24 de junio de 2020. Asimismo, un signo preocupante de reticencia frente a la plena protección de los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo se deja ver en el hecho de que tan sólo en 2018, el Estado español fue condenado en ocho ocasiones por el TEDH por violaciones en materia de prohibición de la tortura, libertad de expresión, respeto a la vida privada y familiar, derechos en materia de garantías jurisdiccionales, etcétera. Lo peor del asunto fue, como lo vimos en este trabajo, que algunas condenas se han repetido, como fue el caso Otegui. Véase Carrasco, Lara, “España, condenada ocho veces por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el año 2018” en: *infoLibre*, 18 de diciembre de 2018, https://www.infolibre.es/noticias/politica/2018/12/18/espana_condenada_ocho_veces_por_tribunal_europeo_derechos_humanos_ano_2018_90005_1012.html, consultado el 22 de junio de 2020.

Climent Gallart, Jorge, “*La jurisprudencia estadounidense sobre el lenguaje simbólico en relación con las banderas y su acogimiento por el TEDH*”, en: Revista Europea de Derechos Fundamentales, no. 28, Madrid, 2015.

Fresno Linera, Miguel Ángel, “*Crónica de una condena anunciada: el asunto Stern Taulats y Ruora Capellera c. España sobre quema de fotos del Rey*” en: Teoría y Realidad Constitucional, no. 42, UNED, 2018.

Marchena Galán, Sara María, “*Exclusión de las instituciones como objeto del discurso de odio y alcance de la libertad de expresión*” en: Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx, no. 34, Badajoz, Universidad de Extremadura, 2018.

Muñoz Machado, Santiago, “*Arden los símbolos de la patria*” en: El Mundo, 20 de marzo de 2018, <https://www.elmundo.es/opinion/2018/03/20/5aafe22d468aeb7a558b45d6.html>

Ost, François, *El tiempo del derecho*, trad. de María Guadalupe Benítez Toriello, México, siglo XXI editores, 2005.

Pedrazzi, Pablo J., “*La libertad de expresión y el discurso simbólico en la jurisprudencia estadounidense: un estudio a partir del caso Texas v. Johnson (491 U.S. 397)*”, en: Revista de Investigaciones Jurídicas, año 42, no. 42, México, Escuela Libre de Derecho-tirant lo blanch, 2018.

Romero, José Manuel, “*Una condena por quema el retrato de los Reyes divide al Constitucional*” en: El País, 31 de julio de 2015, https://elpais.com/politica/2015/07/31/actualidad/1438348969_322799.html

Travieso, Jesús, “*Podemos quiere que las injurias al Rey y la quema de la bandera no sean delito*” en: La Información, 11 de marzo de 2020, <https://www.lainformacion.com/espana/podemos-no-quiere-en-el-codigo-penal-las-injurias-a-la-corona-y-la-ofensa-religiosa/6550048/>

Resoluciones judiciales (por orden cronológico)

- *Watts v. United States*, 394 U.S. 705 (1969). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/705/>
- *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, (1969). https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/395/444#writing-USSC_CR_0395_0444_ZSm
- *Texas v. Johnson* 491 U.S. 397, (1989). https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/491/397#writing-USSC_CR_0491_0397_ZO
- TEDH, *Castells c. España*, sentencia del 23 de abril de 1992, párr. 42, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62328>
- TEDH, *Gran Sala, Refah Partisi (The Welfare Party) v. Turkey*, sentencia del 13 de febrero de 2003, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60936>
- TEDH, *Gündüz v. Turkey*, sentencia del 4 de diciembre de 2003, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61522>
- TEDH, *Norwood c. Royaume-Uni*, decisión de admisibilidad, 16 de noviembre de 2004, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67632>

- TEDH, *Artun et Güvener c. Turquie*, sentencia del 26 de junio de 2007, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81181>
- TEDH, *Democratic People's Party v. Moldova*, sentencia del 2 de febrero de 2010, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97049>
- TEDH, *Otegi Mondragón c. Espagne*, sentencia del 15 de marzo de 2011, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104449>
- STC 177/2015, de 21 de agosto de 2015, <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24578>
- TEDH, *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne*, sentencia del 13 de marzo de 2018, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181719>

Otras fuentes digitales (por orden de citación)

- <https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-penal>
- <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/index.html>
- http://www.gencat.cat/eapc/revistes/RCDP/Especial_STC_Estatut/pdfs/4_b_2_LOTC.pdf
- https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf
- https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_SPA.pdf
- <https://articulo19.org/>
- <https://www.coe.int/es/web/about-us/structure>
- <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>

